

Conciliaciones formales vs. conciliaciones en clave comunicativa¹

•

Rafaela Ester Sayas Contreras²

•

Recibido: agosto 28 de 2007

Aprobado: abril 11 de 2008

Resumen

Propone este trabajo un cambio de racionalidad para abordar la conciliación en la medida en que, en la práctica, ésta es despojada de la posibilidad de resolver conflictos extrajudiciales. Las partes involucradas participan en el encuentro conciliatorio para cumplir con el requisito legal de procedibilidad y poder acudir posteriormente ante la justicia ordinaria. El cambio de racionalidad propuesto consiste en una reflexión teórica orientada a asumir la conciliación como verdadero espacio de diálogo, de entendimiento mutuo, es decir, abordarla desde una perspectiva de racionalidad comunicativa.

Palabras Clave

Conciliación, conflicto, racionalidad, diálogo, justicia alternativa.

-
- 1 El presente artículo es producto de la investigación terminada en 2006 por la autora con el propósito de optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, denominada "La conciliación: Transición hacia una racionalidad comunicativa"; ésta corresponde a la línea de investigación en solución alternativa de conflictos del grupo de investigación que lidera la autora "Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena".
 - 2 Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Conciliación y Resolución de Conflictos de la Universidad de Cartagena y en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario. Docente de la Universidad de Cartagena en pregrado y postgrado y del programa de Derecho de la Universidad de Medellín en convenio con la Fundación Universitaria Tecnológico Confenalco (Cartagena). rafaela@enred.com

Formal Conciliations vs. Conciliation in Communicative Rationality

Abstract

This thesis proposes a change of rationality to deal with the conciliation as they are needed, in practice it is deprived of the potentiality of solving extrajudicial conflicts.

The parties involved participate in the conciliation meeting to fulfill the legal requisite of procedure and later be able to recur to the ordinary justice. The change of rationality proposes consists in a theoretical reflection oriented to presume conciliation as a true dialogue space, of mutual understanding, that is, to deal with it from the perspective of communicative rationality.

Key Words

Conciliation, conflict, rationality, dialogue, alternative justice

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo radicó en demostrar que si bien en Colombia el marco regulatorio de la conciliación y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos es amplio, las vías conciliatorias están condenadas al fracaso, si el abordaje del conflicto y del espacio conciliatorio se sigue asumiendo de manera sesgada como dispositivo de apertura del proceso, circunstancia que legitima desde la perspectiva de los sujetos conflictuales, la vía adversarial y contenciosa por excelencia, en desmedro de las vías alternativas a través de las cuales también se puede acceder legítimamente a la Administración de Justicia. Para tales efectos, el trabajo se plantea tratando de aprovechar la experiencia que como conciliadora posee la autora a través de interacción con sujetos conflictuales en los centros de conciliación, en particular el centro de conciliación adscrito al Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. En primera instancia, se elaboró un marco teórico que diera cuenta de la normativa que en materia de conciliación está vigente en Colombia, por una parte y, por la otra, ganar claridad conceptual diferenciando la institución conciliación de otras que son afines. La fortaleza de este trabajo consiste en explicar la institución conciliación como un espacio dialógico, consensuado y democrático a partir de algunos elementos que nos suministra la teoría de la acción comunicativa habermasiana.

I. LA CONCILIACIÓN COMO ESPACIO MERAMENTE FORMAL: VISIÓN INSTRUMENTALIZADA.

En el discurrir de la actividad de los entes facultados para conciliar en derecho, los

profesionales del derecho, que al tiempo fungimos como abogados conciliadores, percibimos que la conciliación se verifica no con el propósito de llegar a acuerdos, es más, ni siquiera para intentar llegar a acuerdos, sino precisamente para no obtener consensos sobre el tópico materia de la conciliación. Esta posición desde la cual es asumido el encuentro conciliatorio se constituye en una de las razones para proponer un cambio de racionalidad para el abordaje de las conciliaciones, desde una perspectiva distinta, desde una perspectiva comunicativa.

Si le apostamos solo al encuentro formal, es decir, la conciliación por la conciliación misma, esta se cosifica, resquebrajándose la oportunidad de un real encuentro dialógico. Observamos cómo la lógica de la conciliación se invierte. Nuestro parecer apunta a sostener que esta inversión está mediada por una concepción errónea de los convocados frente a la institución, tal y como ya lo afirmamos; así las cosas, las partes que “deben” realizar un encuentro conciliatorio con el propósito de intentar lograr acuerdos que posteriormente plasmarán en un acta proceden, justamente, en sentido contrario, pretermitiendo los dos primeros pasos y focalizándose en obtener la constancia de no acuerdo, alegando la ausencia de ánimo conciliatorio, circunstancia que les posibilita acceder a la judicialización del conflicto. En efecto, se cumple con un paso obligado, previo al proceso, que nos permite a la postre alcanzar el fin, o sea, la senda de la rama judicial.

Instrumentalizar la conciliación alude a la forma en que es asumido el encuentro conciliatorio por convocados y apoderados que con su proceder mecanizan el encuentro conciliatorio en la medida en que acuden a la conciliación formalmente, pero no en el sentido habermasiano del “mutuo entenderse”, que pone en juego la práctica intersubjetiva del entendimiento lingüístico (Habermas, 2001, p. 75).

Al dudar de la naturaleza de la conciliación o desconocerla, nuestro comportamiento frente a la institución estará marcado por el influjo de una racionalidad instrumental. Buscamos la conciliación extrajudicial, porque constituye mero requisito de procedibilidad. Es la misma ley la que la connota como “requisito”; justamente a partir de este rótulo, surge el desdén de muchos a la institución, de manera particular, los profesionales del derecho.

De hecho, el ejercicio conciliatorio es estéril, si:

Las energías del vínculo que despliega el lenguaje sólo pueden movilizarse para la coordinación de los planes de acción, si los participantes pueden suspender la actitud objetivante propia del observador y del actor que se orienta a su propio éxito, sustituyéndola por la actitud realizativa de un hablante que busca entenderse con una segunda persona sobre algo en el mundo (Habermas, 2001, p. 79).

La racionalidad instrumental en la conciliación equivale a una visión sesgada que se traduce en el hecho de despojarla de toda la potencialidad y versatilidad que como mecanismo de resolución de conflictos goza, bajo el entendido de que los sujetos actúan mediados por una lógica de confrontación, que valida los procedimientos y soluciones que son fruto del proceso judicial.

Consideramos que existen circunstancias que nutren la racionalidad instrumental para el abordaje de las conciliaciones. Estas circunstancias, que seguidamente plantharemos, son comportamientos que se evidencian en el curso de los encuentros conciliatorios y que han nutrido nuestra experiencia como conciliadores alternando con conciliadores ciudadanos comunes y con conciliadores profesionales del derecho, sean funcionarios públicos o abogados litigantes.

1. LA CONCILIACIÓN COMO CONDICIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA FORMAL

Al establecer la conciliación como “requisito de procedibilidad”, pretende el legislador que justamente las partes antes del proceso tengan una oportunidad de reestructurar el conflicto, que de consuno puedan resolverlo mediante el diálogo. Sin embargo, este propósito en la práctica resulta desvirtuado, pues, es concebida como una nueva etapa procesal y que, a lo dispendioso del trámite judicial, ahora resulta sumar el tiempo invertido para evacuar la conciliación en derecho. (Castaño, 2004, p. 44).

Los usuarios efectúan una lectura equivocada de lo que significa el requisito de procedibilidad; por ello compartimos las apreciaciones de José Ignacio Castaño:

Quando en un país como el nuestro, intolerante y sin tradición alguna sobre el tema se descubre la conciliación, esta no se va a dar por razones sociológicas sino que, muy por el contrario, el Estado le impone y designa, de una vez, la no muy filosófica misión de servir sólo como instrumento para descongestionar de trabajo los despachos judiciales. Dentro de tal contexto la conciliación pierde su forma casi natural de superar conflictos, y por razón de la imposición va a requerir entonces, que como instrumento se le regule. Es más, se va a procesalizar, formalizar y normativizar a un punto tal, donde incluso, se le divide, clasifica y se le dan diferentes formas (Castaño, 2004, p. 54).

Una de las razones que contribuyen a una apreciación equivocada de la conciliación como requisito de procedibilidad se concreta en no concebirla como una forma de acceder a la justicia. De hecho, sobre el particular la Corte Constitucional plantea:

[...]La garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación y el arbitraje... el fijar la forma de composición de conflictos judiciales, los cuales -no sobra aclararlo- no siempre implican el ejercicio de la Administración de Justicia (sentencia C-163 de 1999, 1999).

Así las cosas, son tan válidos los acuerdos que finiquitan los conflictos fruto de un encuentro conciliatorio, como la decisión condensada en fallos judiciales. Si conciliar ante los centros de conciliación autorizados por la ley significa que se está accediendo a la Administración de Justicia, ¿por qué se privilegia acceder a la justicia formal? Esta pregunta implica que retomemos el concepto de abordaje instrumentalizado de la conciliación por las razones planteadas. Ella, en sí misma considerada, no puede ser tenida como necesario presupuesto para acudir al ejercicio de la función jurisdiccional a cargo del Estado. Cosa bien distinta será que por razones de políticas judiciales se le enmarque como requisito de procedibilidad, siendo una actividad que desde épocas inmemoriales ha servido como instrumento también válido para trascender conflictos (Castaño, 2004, p. 49).

En el desarrollo de esta idea, encontramos posiciones más radicales, bajo el entendido de que no queda duda alguna de que la conciliación es una de las formas de los MASC (mecanismos alternativos de solución de conflictos). Sin embargo, autores como María Carme Boque plantean que estos mecanismos (y en su texto se refiere especialmente a la mediación) deben ser denominados de otra forma, que de hecho no implique una concepción "alternativa", sino tan principal como la justicia formal:

Intentos de compaginar mediación y sistema judicial han llevado a subordinar la primera al segundo. Este sería el caso de aquellos países en los que la mediación funciona a la sombra del sistema judicial. [...] cuando los procesos de mediación se dan única y exclusivamente articulados en forma de escalones previos al arbitraje y al juicio, tienen altas probabilidades de asegurarse a mecanismos disuasorios de más que una posible entrada al litigio [...] nuestra propuesta clara y contundente apuesta a erradicar el calificativo de alternativa que, como es fácil comprobar acompaña no pocas definiciones de mediación (Boque, 2003, p. 25).

En este sentido, el Ministerio del Interior de Colombia, antes que señalar rutas o vías ordinarias y alternativas para resolución de conflictos, ha estructurado el proyecto local de justicia, en el que se plantea el acceso del ciudadano al sistema de justicia, como sistema integrado. Las rutas para acceder a la Administración de Justicia, con el propósito de resolver conflictos, son tratadas en pie de igualdad: la justicia basada en el derecho y la justicia basada en la equidad, ya sea administrada por los conciliadores en derecho, ya por jueces, árbitros, conciliadores en equidad y otros. Debemos aquí destacar que en el diseño del sistema integrado de justicia importa, no que se escojan para la resolución del conflicto vías principales o secundarias, sino que en efecto se acceda a la justicia.

2. VALIDEZ DE LA LÓGICA ADVERSARIAL

Subyace firmemente arraigada la cultura del litigio, tanto que se discuten hasta los derechos irrenunciables; estimamos como éticamente válido el ser pendencieros y revanchistas, incluso los profesionales del derecho nos

afianzamos profesionalmente mostrándonos agresivos, antes que actuar como catalizadores, justamente somos disparadores de conflictos, sobredimensionándolos. Imbuidos en la litigiosidad que nos impone desconocer a los demás como interlocutores válidos, afanosamente la buscamos, pues se nos presenta más larga, con mayores ritualidades, recursos y dilaciones, pero que, además, posibilita a los abogados retomar un rol protagónico, que nos catapulte profesionalmente y justifique la paga, que, dicho de manera castiza aunque tenga connotaciones éticas, significa anteponer los intereses personales a los de las partes. Así las cosas cualquier otra lógica, como la de la solidaridad, la de la reconciliación, o del perdón será contemplada con sospecha, y por qué no, con hilaridad.

Usualmente el intercambio entre dos personas en conflicto se centra en atacar al otro, culpabilizar, exigir deudas y castigos impuestos. Se busca la presencia del tercero para que dirima quién tiene razón y quién yerra, quién gana y quién pierde, y se actúa separando cada vez más a las personas; por ello se emplean estrategias de confrontación que exigen mostrar firmeza, argumentar, demostrar el propio poder [...] y, en definitiva, medirse con un oponente a quien se intenta convertir en un inferior; la jerarquización entre iguales es, sin duda, buena muestra del deterioro del tejido social [...] por ello cuando un conflicto se resuelve adversarialmente, todo el mundo, a la corta a la larga, pierde (Boque, 2003, p. 107).

La cultura del litigio va a producir un gran acumulado de trabajo que, represado, representa desprestigio y falta de credibilidad en la vía judicial para lo cual los jueces son identificados como formalistas, exegéticos, morosos y desconectados de la realidad social (Castaño, 2004. p. 30).

Es cierto el hecho que denota un exceso de agresividad en los profesionales del derecho y

en la ciudadanía en general y que se evidencia en el aumento de procesos en los estrados judiciales, esto no significa que las circunstancias no puedan cambiar, por ello plantea Castaño García:

No siendo pues, al menos en nuestro medio, la conciliación el fruto maduro de toda una tradición cultural no por ello podemos resignarla como posibilidad. Si no tenemos la cultura, educativamente transcendamos la carencia. Debemos iniciar cuanto antes el tránsito formativo para aceptar el uso de la racionalidad en cualquier disputa o confrontación (Castaño, 2004. p. 35)

3. INCAPACIDAD DE LOS CONVOCADOS PARA LLEGAR A ACUERDOS EN EL CONTEXTO CONCILIATORIO

La incapacidad a la que nos referiremos se traduce en una serie de comportamientos que las partes muestran en el curso del encuentro conciliatorio y que apuntan más a circunstancias de tipo subjetivo y comportamental. Creemos importante hacer alusión a ellas, sin llegar a ser exhaustivos, pues nos basta con reforzar la idea de cómo se asume la conciliación para entrar a plantear nuestra tesis sobre el particular.

Previamente nos referimos al concepto de capacidad entendida como facultad o posibilidad natural de realizar alguna cosa, que en el caso que nos ocupa, guarda relación, no con la posibilidad como sujeto de derecho de concurrir válidamente a la audiencia de conciliación en tanto poseemos capacidad legal, pues esta se sobreentiende, sino a la conciencia diáfana que implica la responsabilidad de un cambio paradigmático en la consecución de la paz.

Básicamente esta incapacidad se traduce en el comportamiento evasivo de las partes, o por lo menos de una de ellas, que excluye cualquier posibilidad del “mutuo entenderse” como ejercicio del entendimiento lingüístico intersubjetivo en el sentido habermasiano. Para ser más concretos nos apoyaremos en el planteamiento de la autora Melba Arias, quien califica como “desbalance de poder” en el interior de la audiencia de conciliación:

[...] b) Se presenta cuando dentro del proceso conciliatorio, uno de las partes presenta condiciones especiales, fácilmente detectables, capaces de inducir al otro a actuar contra sus propios intereses o necesidades... ese desajuste es muy frecuente y se presenta en diferentes niveles y maneras, imposibles de eludir debido a factores como: mayor formación académica, superior ingreso económico, pertenencia a un grupo de poder, jerarquía en cargos o posiciones, perfil de personalidad con mayor actividad[...] (Arias, 2002, p. 116).

En el mismo orden de ideas, pueden ocurrir en el contexto conciliatorio circunstancias de asimetrías entre las partes, que si bien pueden llegar a ser superables en algunos casos con la ayuda del conciliador, en otros no lo son. Por ello puede el convocado débil o vulnerable adoptar una posición de evitación de acuerdos, que bien pueden expresarse en pesimismo, confusión, hostilidad o miedo. Justamente estas asimetrías ocasionan un desaprovechamiento del potencial de la conciliación, prefiriendo las partes acceder al proceso formal con las “garantías” que este y su abogado le brindan.

En tales condiciones, también es necesario mirar el encuentro conciliatorio desde la posición del convocado que económica o socialmente goza de mayor empoderamiento. Así las cosas, desde este aspecto, la incapacidad de los convocados se expresa en un “desco-

Por ello puede el convocado débil o vulnerable adoptar una posición de evitación de acuerdos, que bien pueden expresarse en pesimismo, confusión, hostilidad o miedo.

nocimiento” del “otro”, es decir, desde la cosmovisión del convocado dominante, la parte débil no merece estar en el encuentro y, como consecuencia, se cierran a cualquier intento de diálogo. Esta circunstancia perfectamente se refleja en los eventos que reproducen las familias patriarcales o en los contextos laborales donde el empleador asume una posición dominante frente al empleado, importándole poco los resultados posteriores de un proceso ordinario laboral. Los sujetos conflictuales, en alguna medida, se resisten a interactuar, pues su creencia o posición social o cultural lo impiden.

Por ello cobran sentido las palabras de Etanislao Zuleta, (como se cita en Mejía, 2003) quien plantea:

No se puede respetar el pensamiento del otro, tomarlo seriamente en consideración, someterlo a sus consecuencias ejercer sobre él una crítica, válida también para el pensamiento propio, cuando se habla desde la verdad misma. Cuando creemos que la verdad habla por nuestra boca, porque entonces el pensamiento del otro sólo puede ser error o mala fe; y el hecho mismo de su diferencia con nuestra verdad es prueba contundente de su falsedad, sin que se requiera ninguna otra.

La incapacidad de los convocados está marcada por la negación de la posibilidad de abrirse a una comunicación multivía, de abrirse al diálogo bajo el entendido de que somos poseedores absolutos de la verdad, de una verdad totalizante y autoritaria, consecuencia de las estructuras dicotómicas que perviven en nuestro imaginario cultural.

Los convocados en una audiencia de conciliación deben normativamente comprometerse. Los participantes en la interacción tienen que atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos... en cuanto esta expectativa de racionalidad resulta falsa, los participantes -al igual que los observadores sociológicos como participantes virtuales- cambian su actitud realizativa por una actitud objetivante (Habermas, 2003, p. 82).

Esta actitud de los convocados de desconocer a la otra parte, de no ser capaces de abrirse a un encuentro dialógico es mediada por los profesionales del derecho, *"tendemos a judicializar el conflicto en lugar de solucionarlo, a profundizar la controversia en lugar de acercar a las partes, a, en fin hacer del conflicto un pleito largo y profundo [...]"* (Suárez, 2003, p. 29).

II. LA PROPUESTA: CONCILIACIÓN EN CLAVE DE RACIONALIDAD COMUNICATIVA

Del análisis que hasta este punto se ha efectuado, es dable afirmar que justamente el fracaso de las conciliaciones deriva de la racionalidad que impone un abordaje instrumentalizado. De hecho, hemos tratado de sintetizar las razones tributarias de este tipo de racionalidad. Pero ¿qué es lo que queremos plantear? Simplemente una propuesta teórica que le imprima fundamentación a la institución conciliación, atendiendo a que no pocos la están asimilando a un cúmulo de prácticas cargadas de ritualidades y reductibles a manuales, que la desvirtúan como espacio de consensos intersubjetivos.

El cambio de racionalidad que se plantea se justifica desde la perspectiva de Habermas, tomando como punto de partida la fuerza vinculante de los actos de habla, tesis que no

contradice la dinámica del encuentro conciliatorio, por el contrario, se constituye en soporte de la misma.

Tal vez surja la inquietud relacionada con el hecho de que, desde esta posición, no se hace énfasis en los elementos constitutivos del conflicto, particularmente a los protagonistas, como componentes esenciales de respetables modelos de negociación, pero, reiteramos, no es necesario, ya que el lenguaje, mas aún, la fuerza vinculante de los actos de habla es el eje que, en nuestro juicio, articula todos los componentes del encuentro conciliatorio.

Atendiendo estas consideraciones, y comoquiera que la tesis que se plantea tiene como fundamento algunos de los elementos básicos de la teoría de la acción comunicativa, a continuación expondremos los apartes de la teoría habermasiana que son de utilidad, para la propuesta de abordar con una racionalidad comunicativa la actividad conciliatoria.

En el texto *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas estructura una teoría de la comunicación, que aspira se convierta en una teoría de la sociedad. Para tales efectos, retoma aportes efectuados por Austin y Searle, relacionados con la teoría de los actos de habla, enmarcándolos como acciones sociales que persiguen lograr entendimiento (Habermas, 2003).

Básicamente estructura su teoría en tres ideas: la primera de ellas, referida al concepto de acto de habla; la segunda, al concepto de acción; y la tercera, al concepto de mundos de la vida; estas ideas constituyen el sustrato o base para que las relaciones entre los sujetos se orienten a un entendimiento lingüístico motivado racionalmente. A continuación tocaremos cada una de las ideas enunciadas.

Para Habermas, los actos de habla ocurren en un medio lingüístico y se constituyen por

una oferta que un hablante emite hacia un oyente, y que, éste puede aceptar o no. Si es aceptada, significa que han logrado entenderse sobre algo en el mundo de la vida. Si no lo es, significa, que el oyente está cuestionando uno de los aspectos de la oferta planteada, relacionados con la rectitud, la verdad, o la veracidad de dicha oferta.

Cabe resaltar de los actos de habla su carácter vinculante. Estos son descritos por Habermas, como vínculos ilocucionarios. Retomando en este aparte a Austin, Habermas plantea que, cuando se habla, el acto de hablar implica que el hablante realiza una acción, de tal manera que al tiempo, bien, se puede estar dando una orden, haciendo una confesión o promesa³.

Con la fuerza ilocucionaria de una emisión puede un hablante motivar a un oyente a aceptar la oferta que entraña su acto de habla y con ello a contraer un vínculo racionalmente motivado (Habermas, 2003, p. 358).

La idea de acción que acuña Habermas parte de la base de distinguir entre operaciones y acciones. Estos dos conceptos se diferencian, a partir del comportamiento del sujeto cuando desempeña una y otra. Cuando un individuo desempeña operaciones, actúa de manera instrumental. Su propósito es cambiar algo en el mundo, mientras que cuando el sujeto encarna un significado se expresa comunicativamente. Las reglas operativas no tienen fuerza explicativa; pues seguir las no significa, como en el caso de la observancia de reglas de acción, que el actor se relaciona con algo en el mundo y que en tal relación se orienta por

pretensiones de validez que van asociadas con razones motivadoras de la acción. (Habermas, 2003, p. 143)

En el mismo orden de ideas, para Habermas es importante el fin que persigue el hablante, pues, en esa medida clasifica las acciones en estratégicas y comunicativas. En las primeras, el hablante persigue su propio éxito, y en las segundas, el hablante se orienta al entendimiento con otro sujeto. Esto quiere decir que se busca la obtención de un acuerdo entre sujetos lingüística e interactivamente competentes.

En lo tocante a la tercera idea, referida a la concepción de la sociedad y de las instituciones, denominada por Habermas mundos de la vida, cobra importancia, en la medida en que los relaciona (los diferentes mundos) con el concepto de acto de habla. Los actos de habla afectan o se relacionan con algo en el mundo. Por ello plantea Habermas que los actos de habla sirven:

a) al establecimiento y renovación de relaciones interpersonales, en las que el hablante hace referencia a algo perteneciente al mundo de las ordenaciones legítimas; b) a la exposición o a la presuposición de estados y sucesos, en los que el hablante hace referencia al mundo de estados de cosas existentes y c) a la expresión de vivencias, esto es, a la presentación que el sujeto hace de sí mismo, en que el hablante hace referencia a algo perteneciente a su mundo subjetivo al que él tiene un acceso privilegiado. (Habermas, 2003, p. 394).

3 Distingue Habermas que el acto de habla en la teoría de la acción comunicativa tiene una dimensión ilocucionaria, no perlocucionaria. La primera dimensión alude a la acción que se realiza cuando se dice algo, y esta última a los efectos que se quiere conseguir cuando se dice algo y que caracteriza más una acción orientada estratégicamente que una acción orientada al entendimiento. (Habermas, 2003, p. 370).

Los mundos de la vida son los diferentes contextos donde se sitúan los hablantes, y son: mundo objetivo, mundo social y mundo subjetivo. A continuación a partir del texto de Habermas, se sintetizan las dimensiones que regulan a los hablantes en cada mundo y las pretensiones de validez que los orienta:

Mundos	Contenido	Pretensión de validez
objetivo	Estado de cosas	verdad
social	Relaciones interpersonales legítimamente reguladas	rectitud
subjetivo	Presentación del sujeto (vivencias)	veracidad

Fuente: Cuadro adaptado por la autora del texto de Teoría de la acción Comunicativa I de Habermas (Habermas, 2003).

Precisamente, la fortaleza de este trabajo consiste en el cambio de paradigma que se concreta en el hecho de asumir la conciliación con una racionalidad distinta; por ello la explicamos, estructurando una propuesta constitutiva de los siguientes elementos: la conceptualización de la conciliación como acto de habla, reflexionar sobre el rol del conciliador como garante de la actividad realizativa del hablante y del oyente (multiparcialidad o deneutralidad) y por último, justificar la conciliación como integradora de órdenes sociales.

1. CONCILIACIÓN Y ACCIÓN COMUNICATIVA

La complejidad de las sociedades representadas por la proliferación de instituciones y la crisis de los sistemas normativos son indicativos, cada vez con mayor certeza, de la imposibilidad del mantenimiento de los

órdenes sociales, bajo amenaza de coacción. Con el advenimiento de la Posmodernidad se devela el desencantamiento del hombre por las instituciones, y lejanos se desdibujan en la historia las épocas en que la cohesión se fundaba en el oráculo, en el derecho divino de los reyes o la costumbre (Habermas, 2003, p. 68).

Justamente en este escenario irrumpe con fuerza la teoría habermasiana sobre la sociedad, estructurada a partir de los mundos de la vida (objetivo, social y subjetivo), y como eje articulador de estos mundos, el lenguaje, posibilitante de procesos de entendimientos racionalmente motivantes.

La acción comunicativa se expresa en las interacciones de los sujetos a partir de los actos de habla, pero son actos orientados hacia el entendimiento, hacia la búsqueda de consensos y cuya dinámica implica la oferta de un hablante, dirigida a un destinatario oyente, vinculado por la fuerza inmanente del acto de habla a proseguir el intercambio dialógico, hasta la obtención del consensos racionalmente aceptados como válidos.

En el mismo orden de ideas, propongo recuperar el espacio conciliatorio como espacio esencialmente dialógico, independientemente de que ocurran o no acuerdos. El escenario común de un encuentro conciliatorio es recuperar el protagonismo de los individuos soslayado bajo el influjo de corrientes procesalistas, y que dan cuenta de una reunión de personas independientemente del rol que cada una represente. Atendiendo un poco el concepto de “descimentación” usado por Suárez, en el fondo esa reunión o encuentro que hemos llamado conciliación, pretende un acercamiento con el propósito de “dialogar”. Es el diálogo en nuestro criterio lo que pretende reivindicar la conciliación que por una u otra razón se ha interrumpido evidenciándose marcadamente el conflicto.

El encuentro conciliatorio como espacio dialógico se traduce en una interacción entre personas bajo la supervisión de otro sujeto que es el conciliador. Atendiendo esta dimensión comunicativa, la conciliación supone, por lo menos en teoría, receptividad por parte de los sujetos intervinientes. Así las cosas, la audiencia no es más que interacción comunicativa, referida a situaciones acontecidas en el mundo real en torno a conflictos jurídicos o no jurídicos.

Esta interacción comunicativa, constituida por una concatenación de actos de habla, ofrece en nuestro criterio la misma dinámica, aunque ocurra en diferentes contextos, de tal suerte que su curso no va a variar y los actos de habla fluyen de la misma manera en audiencias de conciliación en derecho o en equidad, ya sea en contextos jurídicos, extrajurídicos, institucionales o comunales. No existe ninguna diferencia en razón del contexto, pues los acuerdos logrados revisten la misma validez. ¿Por qué esta precisión? Pues eventualmente podría creerse que no es así, que la formalidad del recinto o la naturaleza de las partes daría el toque diferencial al consenso. La fuerza de los actos de habla que caracteriza el encuentro conciliatorio es similar en los diferentes tipos de conciliación, naturalmente matizados por referentes de tipo cultural. Desde un punto de vista formal un acuerdo es tan válido como el otro; de hecho, la ley le otorga los mismos efectos, de tal suerte que el acta contentiva del acuerdo presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, las energías del vínculo que despliega el lenguaje sólo pueden movilizarse para la coordinación de los planes de acción, si los participantes pueden suspender la actitud objetivante propia del observador y del actor que se orienta hacia su propio éxito, sustituyéndola por la actitud realizativa de un hablante que busca entenderse con una segunda persona sobre algo en el mundo. Bajo

esta condición los efectos que representan los actos de habla alcanzan un efecto coordinador de la acción, porque del posicionamiento afirmativo del destinatario frente a una oferta sería el resultado de obligaciones relevantes para la secuencia de interacción (Habermas, 2003, p. 80).

El cambio de racionalidad instrumental de los participantes en una conciliación por una racionalidad comunicativa obedece al hecho de sentirse parte de la misma, a derribar la barrera mental que funge como hito aislante, impermeable a la oferta o proposición inicial de la secuencia de interacción. Involucrarse en la conciliación es asumirla realmente como acto bilateral, pues de lo contrario contaríamos con una pluralidad de personas formalmente reunidas, pero subjetivamente desconectadas del encuentro conciliatorio, o lo que es lo mismo hablaríamos de una mera bilateralidad formal.

Reafirmamos entonces la conciliación como una concatenación de actos de habla, independientemente de que surjan acuerdos, pero orientados a un entendimiento en el sentido habermasiano. Esta posición implica la seriedad de los participantes, de sus apoderados y del conciliador, este último de hecho es el más interesado en la sostenibilidad de un diálogo orientado al entendimiento.

Los participantes a través de la validez que pretenden para sus actos de habla, o bien se ponen de acuerdo o bien constatan disentimientos que en el curso posterior de la interacción los participantes tienen en cuenta de común acuerdo (Habermas, 2003, p. 80). Es, inclusive, saludable en una audiencia de conciliación que el conciliador inste a las partes a ponerse de acuerdo en sus desacuerdos.

Es de suma importancia que los participantes en un encuentro conciliatorio tributen al tipo de racionalidad propuesto, pues el cami-

no al consenso está determinado por la seriedad y compromiso de las partes. Todo proceso comunicativo incluye como interlocutores a un hablante y a un oyente: el primero dirige su propuesta (oferta) al segundo (destinatario), y éste, a su vez, hará lo mismo. El curso de la audiencia es la sumatoria de todas estas interacciones o intercambio de argumentos que las partes se formulan recíprocamente.

En la reivindicación de una dimensión comunicativa juega un rol fundamental la figura del conciliador; en la práctica es quien batalla con la perspectiva instrumentalizada de los participantes. Si es necesaria una postura comunicativa para los participantes, con mayor razón debe ser asumida por el conciliador, pues sobre él gravita la obligación de que fluya el entendimiento.

A partir de la idea planteada referida a que entre los participantes se traba una comunicación especial o discurso argumentativo, somos del criterio de que en el curso de un encuentro conciliatorio son fundamentales los argumentos, pues son los contenidos de los actos de habla. Estos argumentos justifican o dan razones a las tesis expuestas en el intercambio dialógico y representan un referente real del mundo para cada uno de los involucrados. Expuesto un ciclo argumental por el proponente, seguidamente el destinatario o interlocutor aceptará la tesis o desvirtuará los argumentos propuestos dando mejores razones.

Para Manuel Atienza (1997), es necesario recalcar que la actividad argumentativa no es de uso restrictivo del quehacer judicial en el proceso de justificación de decisiones; de hecho, en el flujo de relaciones intersubjetivas los seres humanos interactuamos por consenso de manera auto interesada pero logrando la adhesión de los otros miembros de la sociedad civil a través de la fuerza persuasiva de las “mejores razones”. Continúa manifestando:

[...] En una argumentación como actividad –y en un argumento- como resultado de esa actividad existen cuando menos estos elementos:

- 1-Un lenguaje, es decir, argumentar es una actividad lingüística, y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados.
- 2- Una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento
- 3- Una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento y
- 4-Una relación entre las premisas y la conclusión. (Atienza Manuel, 1997. p. 35).

Atendiendo las circunstancias particulares del caso, en cada encuentro conciliatorio se cumplen por cada uno de los participantes, que buscan por lo menos “en teoría” entenderse, los elementos planteados por Atienza; cada ciclo argumental o conjunto de actos de habla debe estar constituido por premisas que justifiquen cada propuesta, que al tiempo que son dirigidas al otro participante le otorgan la posibilidad de que contra argumente, de tal suerte que el acuerdo ha sido precedido por una cadena argumental que lo legitima como espacio democrático de participación. Posteriormente retomaremos al análisis de esta idea.

El tipo de argumentos que plantea esta tesis alude a los argumentos pragmáticos o dialécticos que surgen en el contexto de una interacción lingüística independientemente del contenido del acuerdo, es decir, es irrelevante que se trate de un asunto familiar, comercial o comunitario; lo importante es que en el curso de un encuentro conciliatorio se obtengan progresos consensuados, cuyos acuerdos sean permeados por las mejores razones justificativas.

La argumentación es un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones de-

terminadas; en general, podría decirse que en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o cuando se pone en cuestión un enunciado... y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la fuerza física o a otros tipos de presiones externas al discurso). La argumentación es vista básicamente como una actividad, como un proceso cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma. Esta es la concepción que cabe encontrar en muchas teorías de la argumentación como la de Toulmin o Habermas (Atienza, 1997, p. 49).

Concebir el encuentro conciliatorio desde una perspectiva argumental amplía la dimensión conceptual que sobre la misma se tiene: asumirla como ejercicio serio, como actividad orientada a consensos obtenido del intercambio de razones. En este sentido, los participantes deben hacer un esfuerzo que valide su posición como justa y conveniente. La conciliación, como ejercicio argumentativo mediado por el sujeto conciliador, otorga la posibilidad de convertir sociedades violentas, excluidas del acceso a la obtención de justicia, en sociedades civilizadas, cohesionadas mediante el lenguaje.

En la conciliación, la argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro (Atienza, 1997, p.50).

El cambio de racionalidad que esta tesis propone abarca un contexto puramente nor-

En este sentido, los participantes deben hacer un esfuerzo que valide su posición como justa y conveniente. La conciliación, como ejercicio argumentativo mediado por el sujeto conciliador, otorga la posibilidad de convertir sociedades violentas, excluidas del acceso a la obtención de justicia, en sociedades civilizadas, cohesionadas mediante el lenguaje.

mativo, y se fundamenta en el hecho de concebir la conciliación como un ejercicio argumentativo. Como propuesta teórica, seguimos el derrotero habermasiano representado en el cumplimiento de “reglas” asumidas por los intervinientes en el intercambio dialógico. Tales pautas se encuentran orientadas primero a atribuir a las expresiones significados idénticos, consecuentemente con lo planteado. En un escenario real, sería absurdo imaginar acuerdos, si los referentes lingüísticos de los intervinientes se encuentran matizados con referentes fuertes de índole cultural que imposibiliten un entendimiento; allí no fluiría la comunicación, pues los signos idiomáticos utilizados no representan adecuadamente un orden de cosas o ideas que se pretenden ni coincidirían en el uso de las mismas expresiones gramaticales.

En el plano real, vemos cómo las conciliaciones que se realizan teniendo como referente un grupo familiar o comunal cumplen validamente con el primer elemento. En otro tipo de conciliaciones donde los sujetos tienen referentes culturales distintos, el conciliador cumple un importante rol de igualador o de posibilitador de comunicación.

El segundo elemento planteado se refiere a que los sujetos atribuyan a sus manifestaciones pretensiones de validez que trasciendan el contexto. En nuestro criterio, esta característica se encuentra asociada a la universalidad de las decisiones asumidas por consenso.

El tercer elemento guarda relación con la capacidad de suponer que los destinatarios de los actos de habla responderán a la oferta planteada. Concebimos este elemento orientado a la toma de decisiones de manera autónoma. Mal podría concebirse un encuentro conciliatorio que tenga como fin el de llegar a acuerdos en los que los sujetos no tengan capacidad de auto determinarse, es decir, que este último requisito se cumple a cabalidad.

Hasta aquí hemos venido justificando la transición hacia una racionalidad comunicativa que concibe la conciliación a partir de interacciones argumentales. Hemos planteado que como propuesta teórica debe cumplir los elementos que para Habermas impregnan la racionalidad comunicativa. Queremos detenernos en la idea que, en nuestro criterio, constituye un elemento más, pero que en la práctica se soslaya, pues no se evidencia objetivamente sino que se encuentra inmersa en los ciclos argumentales. Nos referimos a la violencia. Cuando optamos el camino del diálogo suponemos implícitamente que aceptamos poder ser confrontados. Esta premisa no siempre es verdadera, ya que en los encuentros conciliatorios nuestro parecer o pensamiento se muestra como la verdad absoluta. Si de hecho nuestra posición es esta, valdría la pena preguntarse si realmente se asume un proceso argumentativo en que se consideren también los argumentos del otro participante.

Compartimos la idea sostenida por Carlos Pereda referida al hecho de que en los argumentos también se puede encontrar violencia y para estos casos el autor ha acuñado el término de “vértigos argumentales”.

Hay una violencia externa al argüir, aquella con la cual se rompe cuando para enfrentar a ciertos problemas se comienza a argumentar. Por ejemplo, nos encontramos en una situación de violencia externa si frente a una

discrepancia, en lugar de atender los argumentos del otro, lo llamamos a golpes o, de manera colectiva, iniciamos una guerra. Casi diría, lamentablemente, que quien argumenta no está, por el solo hecho de argumentar, dando la espalda a la violencia. Hay también una “violencia” interna a la argumentación. No pocas veces se desarrollan argumentaciones violentas, argumentaciones en las que, falsificando los argumentos, se violentan los convencimientos. Por eso, al comenzar a argumentar despedimos la violencia no argumental, la violencia en “estado bruto” pero no despedimos aquella violencia que no se encuentra fuera de los debates, sino en su interior, conformándolos, dirigiéndolos (Pereda, 1994, p. 8).

En el curso de una conciliación se incurre muchas veces en lo denominado por Pereda como “vértigos argumentales”, que se traduce en una actitud de los participantes representado en el convocado “quien... constantemente prolonga, confirma e inmuniza al punto de vista ya adoptado en la discusión, sin preocuparse de las posibles opciones a ese punto de vista y hasta prohibiéndolos [...]” (Pereda, 1994, p. 9).

Dice Pereda que debe existir una ética en la disputa; que para efectos de esta investigación se afirmaría como una ética en la argumentación orientada a la veracidad de los actos de habla constitutivos de los ciclos argumentales. Referirnos sólo a la veracidad, realmente nos quedaríamos cortos, pues también debe incluirse una “actitud realizativa”, en el sentido habermasiano entendida como interacción comprometida de los sujetos participantes. Esta actitud suprime el blindaje o inmunización a los puntos de vista del otro, expresados en posiciones radicales o de empoderamiento. Bien dice Pereda: *Atiende que tus argumentos no sucumban a la tentación de la certeza o a la tentación de la ignorancia, pero tampoco a la tentación del poder o a la tentación de la impotencia.*

2. EL CONCILIADOR: GARANTE DE LA ACTITUD REALIZATIVA DE LOS PARTICIPANTES EN LA CONCILIACIÓN (DENEUTRALIDAD-MULTI-PARCIALIDAD)

Los acuerdos como fruto de una actividad dialógica discursiva⁴ necesariamente implican la actividad comunicacional de las partes, sin embargo, frente a un encuentro conciliatorio, solicitado por uno de los sujetos, el mensaje es que existe ruptura del diálogo, es decir, cualquier actividad argumentativa se encuentra trunca.

La actividad del conciliador es concebida como una actividad orientada a las partes y que básicamente implica la dinamización de la comunicación, tarea para nada fácil si se tiene en cuenta el grado de deterioro de la relación que incide de manera obvia en los procesos comunicacionales.

Corresponde al conciliador en primera medida que se restablezcan los canales de comunicación rotos para que se origine el contexto apropiado para un encuentro dialógico. Como dinamizador del encuentro, su actividad es primordial para que fluyan los argumentos en el sentido de oferta de los hablantes con el propósito de entendimiento intersubjetivo.

No podemos ser ingenuos frente a esta posición, pues esta dimensión del conciliador, corroborada por nuestra experiencia como conciliadora, muchas veces no se verifica, no por falta de compromiso del conciliador sino por limitaciones de tipo cultural de las partes involucradas en el conflicto o nivel de escalamiento del mismo.

El conciliador, como dinamizador de la comunicación, tributa al esquema de racionalidad comunicativa; de hecho, su desempeño debe evidenciarlo. ¿Cómo logra el conciliador ser dinamizador de la comunicación? En nuestro criterio, asumiendo el conflicto, siendo empático con las partes, en una palabra, involucrándose.

Surge en este punto una álgida discusión que se enmarca en el hecho de que el conciliador “debe” o no ser un tercero neutral. Recordemos que hemos afirmado que justamente el conciliador para ser dinamizador de la comunicación debe involucrarse con las partes y con el conflicto, luego entonces aparecería conceptualmente la tensión entre la posición de neutralidad o de involucración y que en apariencia se nos ha mostrado como conceptos excluyentes. De hecho nuestra legislación (ley 446 de 1998, art. 65) plantea que las partes en conflicto pueden resolver sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

Esta discusión que representa los dos puntos en tensión, la abordaremos desde dos perspectivas: la primera de ellas apoyándonos en el concepto de neutralidad, acuñado por la profesora Marinés Suárez y que nos lleva a una reflexión en torno a si el término neutralidad es de recibo en la mediación y que para efectos de esta investigación aplicaremos a la conciliación; y la segunda perspectiva es la considerada por la autora Martha Nussbaun, referida al papel de las emociones en la capacidad imaginativa de las personas y que reivindica un “conocimiento empático” que en esta tesis es un comportamiento deseable en los conciliadores.

4 Todas las escuelas de mediación comparten la idea de que la mediación es un proceso comunicacional, conversacional, discursivo (Suárez, 2002).

El concepto neutralidad, calificativo expreso que enmarca la actividad del conciliador, debe ser analizado tomando en cuenta los argumentos de la profesora Suárez (2002) quien plantea qué debe entenderse cuando aludimos a este concepto: es sinónimo de imparcialidad, de equidistancia o de equidad.

La primera arista que surge del concepto de neutralidad y que de repente significa imparcialidad quiere expresar que el mediador no debe situarse a favor o en contra de alguna de las partes. Para poder tomar esta postura imparcial, es necesario que el mediador deje de lado sus propios prejuicios, valores, creencias... que podrían llevarlo a "tomar partido" por alguna de las partes. (Suárez, 2002, p. 149)

Desde esta perspectiva, para ser imparcial uno debería dejar de ser humano [...] además la imparcialidad sólo debería ser entendida como una abstracción y no como algo que sucede o pueda suceder en el transcurso de un proceso de mediación. De hecho, el análisis de entrevistas de mediación permite observar y señalar cuáles son las maniobras de los mediadores que ponen de manifiesto la existencia de creencias, valores, etcétera (Suárez, 2002, p. 150)

Ser imparcial significaría no estar con las partes, justamente porque se reconoce que el conciliador como toda persona actúa desde un referente en el que se encuentra inmerso, sea político, religioso, cultural; ser imparcial significa la negación de la misma naturaleza humana. Nuestra investigación apunta a que en un encuentro conciliatorio, el conciliador juega un rol de dinamizador de la comunicación, en principio, no puede ser imparcial,

de hecho le corresponde ser multiparcial, es decir, una parcialidad que se extienda a todos los participantes.

La segunda equiparación se refiere a la neutralidad como equidistancia. Dentro del contexto de la mediación se ha entendido que una forma de permanecer equidistante es otorgar las mismas posibilidades a las dos partes, y se podría medir la equidistancia del mediador computando si este utiliza, por ejemplo: el mismo tiempo para que hable el uno y luego el otro, el mismo tiempo en la entrevista individual, la misma proximidad física, la misma forma de mirar, el mismo lenguaje, etcétera (Suárez, 2002, p. 152).

Ser neutral es, desde la perspectiva de equidistancia, la posibilidad de que el conciliador, como dinamizador, permita o no permita igualdad de oportunidades a los participantes; esta práctica es objetivable.

Por último, analiza el concepto de neutralidad como equidad. Este último término problematiza el contexto conciliatorio: habida cuenta de que existen relaciones marcadas por algún tipo de discriminación, como por ejemplo, de género, que introducen desigualdad en el ámbito del encuentro conciliatorio, nos preguntamos, ¿cómo se puede realizar en estos casos la equidad? ¿Cumple el conciliador un papel de igualador?⁵

Una de las tareas del mediador es ayudar a que las partes puedan expresarse, que sean protagónicas, y para esto muchas veces debe apoyar a alguna persona, para que cuente cómo ve el conflicto. En función de ser equitativo y dar lugar para que

5 El término igualador es utilizado como protección a los indefensos de la forma como lo usa Nussbaun y se expresa así: "...De este modo nuestro pensamiento se orienta naturalmente hacia la meta de lograr que la suerte de los desamparados, sea más similar a la suerte de los ricos y los poderosos; como nosotros podríamos ser cualquiera de esas personas o convertirnos en ellas..." Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública. Editorial Andrés Bello. Traducción Carlos Gardini. Chile 1997. Pág.129.

una mujer o un hijo sometido y miedoso puedan expresarse, el mediador, a lo mejor, debe pedir al padre que calle... para lograr establecer un ámbito de confianza, que ayude a estas personas inhibidas o temerosas a explicar su posición (Suárez, 2003, p. 152).

En el mismo orden de ideas, si el conciliador funge como igualador para lograr la equidad, valdría la pena preguntarse: ¿estaría siendo neutral?

Queda planteado en estas tres posiciones que el término neutralidad para los contextos de mediación se muestra problemático. Siendo consecuentes con esto, resultaría igual de problemático para los contextos conciliatorios, que se regirían por el mismo criterio. Si el conciliador es dinamizador de la comunicación, debe asumir el conflicto, pero desde una perspectiva multiparcial, es decir, con cada parte, involucrándose activamente, invitando a las partes para que asuman un encuentro realmente dialógico. Por tal razón nos parece válido el concepto de deneutralidad acuñado por la profesora Suárez en el que se elimina la dicotomía neutralidad-involucración en el entendido de que el sujeto conciliador actúa de manera neutra como comportamiento prototipo en oposición al conciliador involucrado en el conflicto y con las partes.

En el mismo orden de ideas plantea Suárez:

Cuando un concepto cambia como consecuencia de su deconstrucción, no es conveniente seguir utilizando la misma palabra, porque esto genera confusiones. Por lo tanto, propongo realizar un injerto en el sentido derrideano del término, a

la palabra neutralidad, y usar una nueva palabra, que en sí misma dé idea de este injerto: deneutralidad, es decir, a la neutralidad y a la involucración (Suárez, 2002, p. 159).

La segunda perspectiva anunciada se refiere al conciliador en su dimensión emotiva. ¿Por qué es necesario considerar el aspecto de las emociones? Si bien es cierto que el tópico de las emociones se ha relegado culturalmente a un segundo plano, se ha tratado de invisibilizar el impacto que sobre las decisiones ejercen las emociones, y más cuando de contextos jurídicos se trata, bajo el argumento que no tienen cabida en el terreno de la ciencia. Admitirlo en el ámbito del derecho, sería tanto como aceptar que no es por exclusión una disciplina científica⁶.

Este tipo de posiciones debe replantearse para el derecho y de manera particular en los contextos conciliatorios, en donde la interacción dialógica depende en parte de la perceptividad del conciliador. Siendo consecuentes con lo planteado, nos dedicaremos a analizar cómo una buena disposición empática del conciliador, posibilita la involucración en el sentido planteado por Suárez restableciendo la comunicación truncada. Como fue anunciado, para sostener esta posición me apoyaré en el texto *Justicia poética* de la profesora Martha Nussbaun, cuyo trabajo consiste en reivindicar las emociones, a partir del estudio de la narrativa, en la medida que:

[...] La narrativa y la imaginación literaria no sólo no se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales [...] esto con

6 Martha Nussbaun, en su libro *Justicia poética*, plantea la conveniencia de la narrativa para el desarrollo de la imaginación literaria y de las emociones confrontando las críticas que se efectúan: "La imaginación literaria es poco científica y subvierte el pensamiento social científico. Segundo que es irracional en su compromiso con las emociones. Tercero, que no tiene nada que ver con la imparcialidad y la universalidad, que asociamos con la ley y con el juicio público...". (1997, p. 28).

el propósito de desarrollar la capacidad de imaginar. La novela constituye un paradigma de un estilo de razonamiento ético que es específico al contexto sin ser relativista, en el que obtenemos recetas concretas, a la que se nos invita a entrar mediante la imaginación (Nussbaun, 1997, p. 33).

Nussbaun emprende su estudio sobre las emociones, planteando los reparos que la filosofía tradicional esgrime contra las emociones, pues considera que existe una conexión clara entre emoción y razón; pero que esto constituye un contraste no examinado. Las objeciones que se plantean a las emociones radican en considerar la irracionalidad de las mismas: son fuerzas ciegas y de tinte femenino, que están asociadas a la idea de inestabilidad, luego es necesario suprimirlas (Nussbaun, 1997) pues un buen juez no se deja mover por la fortuna o por otras circunstancias como la moda. Las emociones son admisibles en contextos de vida privada, pero no es admisible su consideración en la vida pública.

En consideración a uno de los reparos planteados, Nussbaun afirma que no es cierta la connotación de irracionalidad atribuida a las emociones. De hecho, se entiende que la gente es responsable de modificar sus emociones para integrarlas al carácter de una persona razonable. En el mismo sentido, no comparte el criterio de Law and Economics para quienes es necesario extender un análisis económico de maximización racional a todas las esferas de la vida privada, a lo cual la autora plantea que es evidente que muchas decisiones de nuestra vida no están mediadas por la máxima de maximización racional del interés preconizada por los utilitaristas.

Prosigue la autora dando razones para situar el papel de las emociones en la toma de decisiones, de decisiones racionales; para ello usa como referente el modelo planteado

por Adam Smith del espectador juicioso, en la medida que la compasión del espectador debe surgir de la consideración de lo que el mismo sentiría si estuviera reducido a la misma... situación, y pudiera al mismo tiempo, con su razonamiento y juicio presente (Nussbaun, 1997, p. 107) Este modelo según la autora es un criterio válido de un modelo para ser justo, pues considerando la situación del prójimo se pueden perseguir decisiones acompasadas al interés común. Dicho criterio debe ser acatado por un modelo de juez, que denomina el “juez poeta” o el “juez literario”, quien aplica “justicia poética” y que define como aquel sujeto juez que es capaz de sentir desde la posición de observador juicioso de Adam Smith. Por ello afirma:

El juez literario tiene buenas razones para evitar el distanciamiento escéptico y para preferir un razonamiento práctico basado en evaluaciones humanistas en vez de un modelo cuasicientífico... busca neutralidad, pero de un modo que se aviene con nuestra descripción de espectador juicioso y requiere un conocimiento empático de datos humanos cargado de valores (Nussbaun, 1997, p. 118).

Las consideraciones planteadas por Nussbaun permiten, en contextos conciliatorios, un mejor entendimiento del rol del conciliador. Como institución jurídica, la conciliación no está exenta de las críticas a los operadores judiciales en la toma de decisiones. No deja de ser contemplada, con sospecha, la dimensión emocional del conciliador. De hecho, en nuestro criterio, es justamente esta dimensión emocional denominada empatía la que le abre la posibilidad a ser dinamizador de las interacciones comunicativas entre las partes. El sentir “empáticamente” es una característica referida a sentir desde la perspectiva del “otro”; el conciliador, en esa medida, desarrollará la habilidad de percibir, circunstancia determinante a la hora de ser catalizador de emociones de

los sujetos conflictuales. El que se asuma un rol empático no significa que sea una posición incompatible con la seriedad de la institución. De hecho consideramos que es necesaria para que se genere una “involucración” del conciliador que redunde en la solución del conflicto de manera consensuada.

Las emociones empáticas permiten tal y como quedó antes plasmado la realización de la deneutralidad. Es una dimensión que humaniza al conciliador colocándolo al lado de las partes, haciéndolo multiparcial.

3. CONCILIACIÓN Y PEDAGOGÍA SOCIAL

La concepción de la conciliación permeada por una racionalidad comunicativa en el sentido habermasiano, orientada a ser un espacio de interacción dialogal en la búsqueda de consensos, constituye el escenario por excelencia para la resolución de conflictos en la medida de que los sujetos, con la ayuda del conciliador, construirán un espacio proclive al diálogo. Este espacio se plantea en contextos particulares, ínter partes. La idea que pretendemos plantear, es que no obstante la conciliación ocurre en contextos específicos, de sujetos auto-interesados, la solución de conflictos por esta vía genera espacios de aprendizaje social, pues reivindica para los individuos la posibilidad, atribuida al Estado, de poder gestionar la resolución de sus controversias. Es una consideración holística fundamentada en el poder del diálogo como generador de cohesión social. La fundamentación de esta idea parte de la fuerza de integración social que poseen procesos de entendimiento racionalmente motivantes, que sobre la base del entendimiento de una comunidad de convicciones permite conservar distancias y respetar diferencias reconocidas como tales (Habermas, 2003, p. 67).

Para desarrollar esta idea es necesario considerar el elemento que articula la cohesión social. Si bien en sociedades primitivas, esta cohesión era lograda por el temor a los dioses y con posterioridad por temor al rey, vemos cómo, con el advenimiento de la estructura estatal, la cohesión se “logra” aunque resulte evidentemente positivista por temor a la sanción adjudicada como consecuencia de la transgresión a la norma. La dificultad, entonces, radica en el hecho de que en sociedades posmodernas existe un desencantamiento hacia la institucionalidad, entonces ¿cuál sería el eje de cohesión? Habermas plantea:

En tal situación ha de agudizarse el problema de cómo mundos de la vida diferenciados y en sí pluralizados y desacralizados pueden integrarse socialmente si crece a la vez el riesgo de disenso en ámbitos de acción comunicativa desligados de autoridades sacras y liberados de instituciones fuertes. Conforme a este escenario, la creciente necesidad de integración habrá necesariamente de exceder las posibilidades de la capacidad de integración del mecanismo que representa el entendimiento, que es a lo único a lo que cabe ya recurrir, sobre todo si, como sucede en las sociedades modernas, centradas en la economía, queda liberada y suelta una creciente multitud de interacciones estratégicas que socio-estructuralmente resultan imprescindibles (Habermas, 2003, p. 88).

Así las cosas, la cohesión social se basa en el entendimiento, sin embargo, en sociedades como la nuestra marcadas con un alto índice de pobreza y exclusión social, para individuos que justamente se cuentan en el grueso de la población, el derecho como la institucionalidad se muestran lejanos, igualmente la Administración ordinaria de Justicia. Esta tesis muestra la manera de solucionar conflictos a través de la conciliación, entendida como un espacio de participación democrática y de aprendizaje para los mundos de la vida que

se traduce en el uso de la comunicación para resolver controversias.

Desde esta perspectiva los espacios conciliatorios adquirirán una dimensión de práctica democrática, pues los acuerdos logrados se verifican con la participación decidida de los convocados, que no son más que ciudadanos que tomarán como experiencia aprendida hacia el futuro este contexto de aprendizaje, fortaleciendo con ello el tejido social.

La conciliación como práctica democrática impregnada de racionalidad comunicativa rescata para la sociedad la justicia consensuada, autogestionada, en oposición a la estatal. No denigramos de la justicia tradicional, sólo afirmamos que es cada vez más lejana en la mediación de los conflictos sociales. Estos espacios conciliatorios generan como valor agregado, procesos de aprendizaje social, en la medida en que hombre y mujeres que conocen sus conflictos pueden resolverlos mediante el diálogo. En el futuro, los participantes saben -pues lo han aprendido- resolver conflictos de manera no violenta. De paso ganan las comunidades en las que poco o nada hace presencia el Estado, constituyendo para estos el asumir el conflicto como oportunidad de cambio, y su resolución como oportunidad de diálogo.

El derecho de los ciudadanos de participar en el tratamiento de los conflictos que les afectan viene necesariamente acompañado de una gran responsabilidad, de un trabajo sistemático diario. Por ello plantea Farré:

Del mismo modo que un sistema democrático se empobrece si sus ciudadanos limitan su participación en el mismo a depositar su voto en las urnas cada tres o cuatro años, los procesos de paz requieren la contribución sistemática de todos los componentes de la sociedad en conflicto... el ciudadano puede y debe escoger

entre ser observador pasivo del conflicto que le afecta, o, por otra parte, participar activamente en su transformación, en la medida que sus propios medios se lo permiten (Farré, 2004, p.237).

La conciliación como espacio de encuentro para la solución de controversias fortalece la participación ciudadana, más aún cuando los participantes no tienen acceso a la justicia formal; nos referimos al rol que desempeña la justicia comunitaria. En torno a este tópico plantea Jaime Giraldo Ángel que en el debate de mecanismos de resolución de conflictos existen dos tendencias: los que ven en ella sólo un mecanismo de resolver conflictos, y por otra parte los que la consideran una herramienta esencial para la transformación social. Rodrigo Uprimny (como se cita en Giraldo, 2004) plantea:

Hoy existe un importante debate en otros países sobre el significado que tienen, para la democracia, los programas de promoción de la justicia comunitaria, la justicia informal y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Esta discusión es importante en el ámbito colombiano, pues incide notablemente sobre la manera como se van a promover estas estrategias y como se va capacitar a los mediadores, los conciliadores y los jueces de paz.

En general suelen oponerse dos modelos: un modelo centrado en la resolución de los problemas y un enfoque transformador: el enfoque “revolverdor” de problemas, por llamarlo de alguna manera argumenta que la gran ventaja de la justicia informal frente a la justicia estatal es que es más barata y rápida para solucionar los conflictos... (para otros), la justicia comunitaria es interesante, no tanto porque resuelve determinados problemas concretos mejor que el aparato judicial, sino porque fortalece ciertas virtudes que son muy importantes en una

sociedad democrática. Así esas prácticas refuerzan la autonomía, en la medida que son las propias personas quienes resuelven el problema, por medio de negociaciones y acuerdos; pero fortalecen también la virtud del reconocimiento del otro, en la medida que los acuerdos son posibles porque las partes defienden sus intereses y derechos pero se encuentran obligadas a tomar en cuenta los intereses y derechos de los otros.

La justicia informal es, entonces, según estas perspectivas, una práctica que impulsa los valores democráticos y recrea el tejido social, en el sentido en que fortalece dos elementos básicos en una sociedad fundada en los derechos humanos: la autonomía y el reconocimiento del otro (como se cita en Giraldo, 2004, p. XXII).

En el mismo orden de ideas, son muchas las limitantes que en un plano práctico presentan estas condiciones enunciadas y que pretenden fundamentar el cambio de racionalidad planteado, sin embargo, las razones que esbozamos las justificamos desde la posición que hemos defendido, cual es la del cambio de racionalidad en el contexto conciliatorio desde una perspectiva exclusivamente normativa.

III. CONCLUSIONES

La conciliación es vista con desdén por los operadores de justicia formal, quienes la consideran como justicia para resolver conflictos de poca trascendencia. Es asumida desde una perspectiva instrumentalizada, que no es más que el reflejo de una tradición cultural de litigio, circunstancia que explica que después de quince años de expedida la ley 23 de 1991, los niveles de conflictividad no disminuyan, justamente porque no varía la lógica adversarial considerada como legítima.

Son evidentes dos posiciones muy marcadas en torno a la conciliación, la una desde una perspectiva meramente instrumentalizada en donde se recrea una institución meramente formal. La otra posición, que es la que defendemos, alude a concebir la conciliación desde una racionalidad comunicativa, un encuentro proclive a consensos. La institución conciliación es una, pero el desempeño de los sujetos conflictuales estará determinado por el tipo de racionalidad con que la misma sea abordada, bien por una racionalidad instrumentalizada que implique asistir a una audiencia de conciliación sólo para obtener un acta que dé cuenta de que se cumplió un requisito formal y acudir a la justicia ordinaria, o bien por una racionalidad comunicativa que dé cuenta de la conciliación como espacio incluyente y consensuado.

Asumir la conciliación desde esta última perspectiva implica relegar concepciones que la despojan de toda potencialidad para resolver conflictos, entre otras, asumirla de manera sesgada solo como condición de acceso a la justicia formal (requisito de procedibilidad), o en el hecho de que el comportamiento de los sujetos conflictuales se encuentre mediado por una lógica adversarial y, por consiguiente, la incapacidad de los mismos de reconocer al “otro” como un interlocutor válido en el “mutuo entenderse” sobre algo en el mundo en el sentido habermasiano.

La conciliación debe abordarse en clave de racionalidad comunicativa, es decir, como interacción lingüística de sujetos, uno que propone o efectúa una oferta y otro que la recibe (oyente) y que se vincula a dicha interacción por la fuerza inmanente del acto de habla. Esta propuesta teórica debe mediar el comportamiento de los sujetos conflictuales para que dentro de una conciliación estos se orienten al mutuo entenderse, independientemente de que se llegue a acuerdos. Lo que reivindicamos es la dimensión dialógica de la conciliación.

En el mismo orden de ideas, esta reflexión teórica involucra al conciliador, en particular al profesional del derecho conciliador, en la medida en que su rol es de dinamizador de la comunicación, garante de la actitud de los participantes en el encuentro conciliatorio y cuyo comportamiento debe tributar al esquema de racionalidad comunicativa propuesto, superando como lo sostiene Suárez, la dicotomía neutralidad-involucración.

La conciliación y demás mecanismos de resolución de conflictos deben asumirse desde una perspectiva de racionalidad comunicativa; si bien en ella coexisten elementos de tipo procesal y sustancial, no debe romperse ese justo equilibrio. Desde una posición normativa debe reorientarse la conciliación como un ejercicio que refleje un encuentro permeado por una racionalidad proclive a los consensos, que la posicione como un espacio dialógico y democrático, a partir de la fuerza vinculante de los actos de habla.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. (1997). *Curso internacional de teoría del derecho para jueces*. Bogotá, Colombia: Compilador Universidad Nacional de Colombia.

Arias, M. (2002) *La conciliación en derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Boque, M. C. (2003) *Cultura de mediación y cambio social.*, Barcelona, España: Editorial Gedisa.

Castaño, J. I. (2004) *Tratado sobre la conciliación*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Congreso de la República de Colombia (1998) *Ley 446*. República de Colombia.

Corte Constitucional (1991) *Sentencia C – 163*. República de Colombia.

Farré, S. (2003) *Gestión de conflictos: taller de mediación un enfoque socioafectivo*. Barcelona, España: Editorial Ariel.

Giraldo, J. (2004) *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. La justicia comunitaria. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional.

Habermas, J. (2001) *Facticidad y validez* (3ra edición) Madrid, España: Editorial Trotta.

Habermas, J. (2003) *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*. España. Editorial Taurus.

Mejía, M. R. (2003) *En busca de una cultura para la paz, en Pedagogía Social para consolidar la democracia social y participativa*. Bogotá, Colombia: Cooperativa Editorial Magisterio.

Nussbaum, M. (1997) Justicia poética. *La imaginación literaria y la vida pública*. (C. Gordini Trad.). España: Editorial Andrés Bello.

Pereda, C. (1994) *Vértigos argumentales, una ética de la disputa*. Barcelona, España: Arthropos Editorial del Hombre.

Suárez, G. (2004) *Apuntes introductorios al estudio de la conciliación*. Curso de conciliación. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Suarez, M. (2002) *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos aires, Argentina: Editorial Paidós.

Uprimny, R. (2001) *Orden democrático y manejo de conflictos*. Bogotá, Colombia: Escuela de liderazgo democrático. Corporación viva la ciudadanía.

